

## Fächerübergreifende Modulprüfung III am 4.10.2017 – Lösungsskizze

(Erstellung des Falles: Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl)

### 1) Verletzt die Entscheidung der Bürgermeisterin K bzw P in Rechten? (23 P, 8 ZP)

#### a) Rechtsaktqualifikation (4 P, 1 ZP)

- Um die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu beurteilen, ist zunächst zu klären, ob hier ein Bescheid vorliegt, dh der Akt einer Verwaltungsbehörde, der im Rahmen der Hoheitsverwaltung an individuell bestimmte Personen außerhalb der Verwaltung mit normativer Wirkung ergeht.
- Das ist zu bejahen: Die Bgm ist eine Verwaltungsbehörde, die im Rahmen der Hoheitsverwaltung handelt, wenn sie die Zuweisungsanträge von K und P, also von zwei Individuen außerhalb der Verwaltung, ablehnt, und zwar abschließend (sie betrachtet die Sache als „erledigt“).
- Dass Zuweisungsanträge mit Bescheid zu erledigen sind, ordnet § 3 Abs 1 MO auch an, und zwar ohne die Schriftform zu fordern, sodass die mündliche Erledigung nicht schadet (§ 62 Abs 1 AVG),
- + zumal sie niederschriftlich beurkundet wurde (§ 62 Abs 2 AVG), was der VwGH bei mündlichen Bescheiden als konstitutiv ansieht.
- (2 Rechtsverletzungen genügen) Der Bescheid könnte K und P in ihrem Recht verletzen, dass die zuständige Behörde (Art 83 Abs 2 B-VG) ihre Anträge in einem gesetzmäßigen Verfahren mit Parteiengehör (§§ 37 ff AVG) erledigt und K bzw P nach Maßgabe der MO gestattet, auf dem Markt Waren feilzubieten und zu verkaufen (§ 286 Abs 1 GewO). K und P könnten zudem in der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG, bei P iVm Art 34 AEUV) und im Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art 7 B-VG, bei P iVm Art 34 AEUV) verletzt sein, P überdies in der Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV).

#### b) Zuständigkeit (1 P)

- \* Zuständigkeitsvorschriften sind nicht verletzt, weil § 3 Abs 1 MO die Bgm von Bleiburg zur Erledigung der Zuweisungsanträge beruft.

#### c) Verfahrensfehler (3 P, 2 ZP)

- Beantragen wie hier mehrere Personen eine Berechtigung (Zuweisung eines Marktplatzes), die von vornherein nicht allen zugesprochen werden kann, bilden die Antragsteller nach der Rsp eine Verwaltungsgemeinschaft,
- dh die Behörde muss mit allen Antragstellern ein gemeinsames Verfahren führen und über ihre Anträge in einem einheitlichen Bescheid absprechen,
- + denn nur so können die Antragsteller überprüfen, ob die Behörde die Auswahlkriterien im Verhältnis zu ihren Konkurrenten richtig anwendet.
- Die Bgm hat kein solches Verfahren geführt: Sie hat zuerst den Anträgen der 20 Vorjahresanbieter stattgegeben und dann die Anträge von K und P gesondert abgewiesen und sie damit in ihrem Recht auf Parteiengehör (§ 37, § 43 Abs 2, 3 und 4, § 45 Abs 3, § 56 AVG) verletzt.
- + Verletzt hat die Bgm die Verfahrensvorschriften ferner, indem sie entgegen § 39 Abs 2 AVG nicht amtswegig ermittelt hat, ob mit Slowenien Gegenseitigkeit iSd § 288 Abs 2 GewO besteht.

#### d) Inhaltliche Fehler (15 P, 5 ZP)

##### Kogelnig (9 P, 2 ZP)

- \* Die Bgm weist Ks Antrag mit der Begründung ab, ein anderer Antragsteller biete am Markt seit Jahren Wurst in ausreichendem Umfang an und die Gemeinde habe mit ihm stets gute Erfahrungen gemacht; daher sei für eine neue Wurstanbieterin kein Raum: Damit greift sie in Ks Erwerbsfreiheit ein.
- Dieser Eingriff entspricht zwar § 3 Abs 3 MO, wonach Vorjahresanbietern ein Marktplatz zuzuweisen ist, wenn sie dies fristgerecht (§ 3 Abs 1 MO) beantragen, im Vorjahr die Gebühren bezahlt und nicht schwerwiegend oder wiederholt gegen §§ 4 f MO verstoßen haben.
- Fraglich ist aber, ob diese Zuweisungsregel der GewO entspricht: Nach § 286 Abs 1 GewO hat jeder das Recht, auf Märkten Waren feilzubieten und zu verkaufen, allerdings nur nach Maßgabe der von der Gemeinde mit V bestimmten Voraussetzungen, die die GewO zweifach determiniert:

- Bei der Vergabe von Marktplätzen muss die Gemeinde erstens „auf den auf dem Markt zur Verfügung stehenden Raum“ achten, zweitens darauf, dass die am Markt hauptsächlich zugelassenen Waren „in entsprechender Qualität durch eine genügende Zahl“ von Personen angeboten werden (§ 292 Abs 1).
- + Die Bleiburger MO setzt zwar die erste Anforderung um, indem sie Vorjahresanbieter bevorzugt und damit sicherstellt, dass nicht mehr Marktplätze vergeben werden als verfügbar sind;
- sie verstößt aber gegen das zweite Vergabekriterium, wenn sie Vorjahresanbieter automatisch bevorzugt, also unabhängig von ihrem und vom Angebot konkurrierender Antragsteller.
- \* Das hat zur Folge, dass Vorjahresanbieter selbst vor der Konkurrenz eindeutig besserer Anbieter geschützt werden, wie auch im vorliegenden Fall: Huber wird K vorgezogen, obwohl er nur drei Wurstsorten anbietet, sie hingegen zehn.
- Die MO errichtet so für Neuanbieter eine objektive Antrittsschranke (ebenso vertretbar: eine intensive Antrittsschranke), die nicht durch triftige Gründe gerechtfertigt ist: Das verletzt Art 6 StGG.
- Verfassungskonform interpretiert, ermächtigt § 292 Abs 1 GewO die Gemeinde nicht zu einem so radikalen Konkurrenzschutz: § 3 Abs 3 MO ist daher nicht in der GewO gedeckt.
- \* Der Bescheid verletzt K daher in ihrer Erwerbsfreiheit, weil er auf einer gesetzwidrigen V beruht,
- + er verletzt außerdem ihr Recht auf Marktzugang nach § 286 Abs 1 GewO.

#### *Perek (6 P, 3 ZP)*

- Soweit die Bgm Ps Antrag mit dem Argument abweist, nach der MO sei Bekanntes und Bewährtes zu bevorzugen, gilt für ihn dasselbe wie für K: Der Bescheid beruht auf einer gesetzwidrigen V und verletzt daher die Erwerbsfreiheit, auf die sich P als Unionsbürger ebenfalls berufen kann.
- Das weitere Argument der Bgm, die Bleiburger Bevölkerung esse lieber Kasnudeln, die „wirklich in Kärnten produziert“ würden, ist durch die MO nicht gedeckt, nach der (jenseits der rechtswidrigen Vorrangregel) nur Qualität und Quantität des Warenangebots maßgeblich sind (§ 3 Abs 4 iVm § 3 Abs 2 Z 1 und 2 MO); der Ort, an dem Kasnudeln hergestellt werden, ist für ihre Qualität aber irrelevant.
- <sup>eine Norm genügt</sup> Dieses Argument diskriminiert P zudem aufgrund seiner Staatsangehörigkeit und verletzt daher Art 34 AEUV sowie Art 7 B-VG.
- + AA vertretbar mit dem Argument, dass „Kärntner Kasnudeln“ keine Gattungs-, sondern eine Herkunftsbezeichnung ist, sodass die zutreffende Etikettierung Teil der Qualität des Produkts ist.
- Verfehlt ist auch das Argument der Bgm, die Beziehung der Kärntner zu Slowenien sei „besonders sensibel“, weil politische Erwägungen nach der MO für die Vergabe von Marktplätzen nicht relevant sind,
- + auch § 287 Abs 2 GewO greift hier nicht, denn es wäre abwegig anzunehmen, dass der Verkauf von Ps Kasnudeln „aus Gründen der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit [...] nicht vertretbar ist“.
- \* Haltlos ist auch das Argument der fehlenden Gegenseitigkeit iSv § 288 Abs 2 GewO, weil dieses Erfordernis innerhalb der EU immer erfüllt ist (Art 34 AEUV).
- + Dazu kommt, dass am Markt – anders als die Bgm behauptet – gar keine Kasnudeln angeboten werden, sodass die Bgm entweder den Sachverhalt nicht ermittelt hat oder leichtfertig vom Akteninhalt abgeht.
- Insgesamt hat die Bgm also eine gesetzwidrige V angewendet und die Rechtslage zudem grob verkannt; sie verletzt daher Ps Erwerbsfreiheit, diskriminiert ihn aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, verletzt seine Warenverkehrsfreiheit und sein Recht auf Marktzugang nach § 286 Abs 1 GewO.

## **2) Welche rechtlichen Schritte sollen Kogelnig und Perek nun im Einzelnen setzen, um zum Kirchtagsmarkt zugelassen zu werden? (14 P, 13 ZP)**

### *a) Berufung an den Gemeindevorstand (8 P, 7 ZP)*

- \* K und P können gegen die Entscheidung der Bgm Berufung (§ 63 AVG) erheben: Verfahrensgegenstand ist ein Bescheid und keine Verfahrensordnung (§ 63 Abs 2 AVG).
- \* Das Marktrecht sowie die örtliche Marktpolizei werden im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde vollzogen (§ 337 iVm §§ 289 ff GewO; Art 118 Abs 3 Z 6 B-VG) und der Instanzenzug wurde nicht ausgeschlossen (Art 118 Abs 4 B-VG; § 94 Abs 1 K-AGO).

- \* K und P sind berufslegitimiert, weil sie im erstinstanzlichen Verfahren Parteistellung hatten und keinen Berufungsverzicht abgegeben haben (§ 63 Abs 4 und Abs 5 AVG);
- \* auch die Berufungsfrist von zwei Wochen ab Verkündung bzw Zustellung (§ 63 Abs 5 Satz 2 AVG) steht am 25.8.2017 jedenfalls noch offen.
- \* Die Berufung ist an den Gemeindevorstand von Bleiburg zu richten und bei der Bgm einzubringen (§ 94 Abs 1 K-AGO; § 63 Abs 5 AVG).
- Erheben K und P ihre Berufung allerdings nur gegen ihre abweisenden Bescheide, kann der Gemeindevorstand ihnen keine Plätze zuteilen, weil bereits alle Plätze in anderen Verfahren vergeben wurden.
- Um diese Plätze für den Gemeindevorstand verfügbar zu machen, müssen K und P auch die Zuweisungsbescheide anfechten, wozu sie als Parteien der Verfahrensgemeinschaft legitimiert sind;
- + da sie in den stattgebenden Verfahren übergangen wurden, können sie nach der Rsp entweder die Zustellung der Zuweisungsbescheide verlangen oder sogleich Berufung gegen sie erheben.
- + Die Berufungen gegen die Zuweisungsbescheide haben aufschiebende Wirkung (§ 64 Abs 1 AVG), sodass den anderen Antragstellern vorläufig noch keine Marktplätze zugewiesen sind;
- + flankierend könnte P beantragen, dass ihm mit einstweiliger Anordnung (eA) vorläufig ein Marktplatz zugewiesen wird, weil dies zur Wahrung seiner Warenverkehrsfreiheit erforderlich sei und
- + in Ermangelung einer einfachgesetzlichen Grundlage unmittelbar auf Unionsrecht (Art 47 GRC, Art 4 Abs 3 EUV, Effektivitätsgrundsatz) gestützt werden muss,
- + weil P von seiner Warenverkehrsfreiheit Gebrauch macht und sich daher im Anwendungsbereich des Unionsrechts befindet.
- + K könnte eine eA mit dem Argument fordern, dass sonst Inländerdiskriminierung vorläge (Art 7 B-VG).
- + Sofern der Gemeindevorstand die MO nicht für unionsrechtswidrig hält, wird er keine eA erlassen
- und die Berufungen von K und P abweisen, weil die Bevorzugung der Vorjahresanbieter der MO entspricht, s oben, an die der Gemeindevorstand gebunden ist und die er – anders als die Gerichte (Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG) – nicht beim VfGH anfechten kann.

*b) Beschwerde an das LVwG (5 P, 4 ZP)*

- \* Gegen einen negativen Berufungsbescheid können K und P Beschwerde an das LVwG Kärnten erheben (Art 130 Abs 1 Z 1, Art 131 Abs 1, Art 132 Abs 1 Z 1 und Abs 6 B-VG; § 3 Abs 1 VwGVG);
- \* und zwar binnen vier Wochen ab Zustellung der Berufungsentscheidung (§ 7 Abs 4 Z 1 VwGVG). Die Berufung ist beim Gemeindevorstand einzubringen (§ 12 VwGVG)
- und muss den Form- und Inhaltvorschriften entsprechen (§ 9 VwGVG).
- Vor dem LVwG können K und P eine Anfechtung der Zuweisungsregel der MO anregen (Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 B-VG; Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG),
- + und zwar des Wortes „ersten“ in § 3 Abs 2 MO sowie des § 3 Abs 3 und 4 MO.
- Die Aufhebung durch den VfGH wirkt für K und P zwar zurück (Art 139 Abs 6 B-VG),
- + das LVwG wird die Beschwerde aber zurückweisen, weil mit der Aufhebung des Vormerksystems Ks und Ps rechtliches Interesse an der Zuteilung eines Marktplatzes für den vergangenen Markt entfällt.
- + Immerhin können K und P aber nach der vom VfGH bereinigten MO künftig mit realistischer Erfolgsaussicht einen Marktplatz beantragen
- + und für den Schaden, den ihnen der rechtswidrige Ausschluss vom diesjährigen Markt verursacht hat, von der Gemeinde im Amtshaftungsweg Ersatz verlangen (§ 1 Abs 1 AHG).

*c) Beschwerde an den VfGH (1 P, 2 ZP)*

- \* Ficht das LVwG die MO nicht an, können K und P binnen sechs Wochen ab Zustellung der Entscheidung Beschwerde an den VfGH erheben (Art 144 Abs 1 B-VG),
- + die Verletzung ihrer Rechte durch Anwendung einer gesetzwidrigen V geltend machen und anregen, dass der VfGH die genannten Teile der MO aufhebt (Art 139 Abs 1 Z 2 B-VG).
- + Das würde K und P zwar abermals keine Zuweisung der Marktplätze für 2017 bringen, wohl aber realistische Chancen auf eine Zuweisung im folgenden Jahr.

### 3) Verfassen Sie ein Rechtsmittel gegen die Beschlagnahme der Wurstreststücke. (13 P, 5 ZP)

(Für die korrekte Form der Beschwerde: 5 –\*)

An das

Landesverwaltungsgericht Kärnten

Fromillerstraße 20

9020 Klagenfurt am Wörthersee

Bleiburg, 4.10.2017

Beschwerdeführer: Josef Huber

Postgasse 2

9150 Bleiburg

Belangte Behörde: Bezirkshauptmannschaft Völkermarkt (abhängig von der Argumentation alternativ: Bürgermeisterin von Bleiburg mit Adresse)

Spanheimergasse 2

9100 Völkermarkt

#### Maßnahmenbeschwerde

Gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG

Gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch die Beschlagnahme von Wurstreststücken durch das Marktaufsichtsorgan Helmuth Aspernig am Kirchtagsmarkt in Bleiburg am 1.10.2017, erhebe ich wegen Verletzung meiner Rechte in offener Frist Beschwerde und stelle die

#### Anträge,

das LVwG möge gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen, die gegenständliche Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß § 28 Abs 6 VwGVG für rechtswidrig erklären und aufheben sowie dem Land Kärnten gemäß § 35 VwGVG den Ersatz der mir entstandenen Verfahrenskosten im gesetzlichen Ausmaß binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution auftragen.

#### Begründung

Darstellung des Verwaltungsgeschehens: Siehe Angabe.

–\* Am 1.10.2017 wurden Reststücke der von mir am Kirchtagsmarkt angebotenen Wurstsorten beschlagnahmt; dabei handelt es sich um einen AuvBZ.

–\* Da die Maßnahme am 1.10.2017 gesetzt wurde, ist meine heute, am 4.10.2017, zur Post gegebene Beschwerde rechtzeitig (§ 7 Abs 4 Z 3 VwGVG) und auch sonst zulässig, da ich als Adressat des AuvBZ beschwerdelegitimiert bin und auf mein Beschwerderecht nicht verzichtet habe (§ 7 Abs 2 VwGVG).

Die Beschwerde ist auch begründet, denn die Beschlagnahme war rechtswidrig:

– Die MO selbst ermächtigt das Marktaufsichtsorgan nicht dazu, Gegenstände zu beschlagnahmen. Auch alle anderen denkbaren Rechtsgrundlagen decken diese Maßnahme nicht:

–\* Aspernig brachte die Wurstreststücke zur BH Völkermarkt. Diese ist als Strafbehörde ermächtigt, die Beschlagnahme von Gegenständen anzuordnen, wenn der Verdacht einer Verwaltungsübertretung besteht, der Verfall der Gegenstände als Strafe vorgesehen ist und die Beschlagnahme der Sicherung des Verfalls dient (§ 39 Abs 1 VStG). Aspernig handelte aber nicht auf behördliche Anordnung,

–\* sondern aus eigener Macht: Das ist ihm nur gestattet, wenn die Voraussetzungen des § 39 Abs 1 VStG vorliegen und Gefahr im Verzug besteht (§ 39 Abs 2 VStG).

+ Es ist bereits zweifelhaft, ob sich Aspernig auf § 39 VStG stützen kann, da er keiner Verwaltungsstrafbehörde (§ 26 VStG), sondern nur der Bürgermeisterin als Marktaufsichtsorgan zugeordnet ist.

- Der Verdacht einer Verwaltungsübertretung konnte hier zudem – wenn überhaupt – nur wegen eines Verstoßes gegen die MO bestanden haben; solche Verstöße sind nach der GewO zu ahnden (§ 7 MO), genauer nach § 368 GewO, da die MO eine Verordnung ist, die auf Grund der GewO erlassen wurde.
- Für Verwaltungsübertretungen iSd § 368 GewO ist der Verfall von Gegenständen aber nicht als Strafe vorgesehen (§ 369 GewO); die Beschlagnahme war daher nicht durch § 39 VStG gedeckt.
- + Zudem hätte A mir, wenn er die Wurstreste aus eigener Macht beschlagnahmt, jedenfalls eine Bescheinigung darüber ausstellen müssen (§ 39 Abs 2 VStG).
- + Die Beschlagnahme kann auch nicht als Probeentnahme auf § 338 Abs 3 GewO gestützt werden, weil diese Bestimmung einen Betrieb voraussetzt, der am Marktplatz gerade fehlt.
- + Nicht anwendbar ist auch § 5 EpidemieG, der beim Verdacht bestimmter Krankheiten zur Entnahme von Untersuchungsmaterial nur die BVB, nicht aber Gemeindeorgane ermächtigt.
- Da andere Rechtsgrundlagen nicht ersichtlich sind, verletzt mich die Mitnahme der Wurstreststücke in meinem Recht, nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen eine Beschlagnahme dulden zu müssen;
- + sie greift zudem in meine Eigentumsfreiheit ein und verletzt diese auch, weil Asperrig die Rechtslage grob verkannt hat.

*Josef Huber*

**4) Erläutern Sie, ob das sonstige Vorgehen des Marktaufsichtsorgans rechtmäßig war und wie sich Huber dagegen wehren kann (15 P, 8 ZP)**

- \* Asperrig (A) setzt Huber (H) gegenüber vier Akte: Er fordert ihn auf, (1) den Verkauf seiner Würste einzustellen und (2) ihm die Würste zu übergeben. Als sich H weigert, (3) verweist A ihn vom Markt. Nachdem auch das nichts bewirkt, (4) warnt A die Marktbesucher vor der Huberwurst.
- + Verkaufsverbot, Marktverweis und Warnung greifen in Hs Erwerbsfreiheit ein, der Marktverweis zudem in seine Freizügigkeit, die Aufforderung die Wurst herauszugeben, berührt seine Eigentumsfreiheit.

*a) Rechtmäßigkeit (8 P, 3 ZP)*

*Anordnung, den Verkauf der Würste einzustellen (3 P)*

- \* A ist als Aufsichtsorgan ermächtigt, Anordnungen zu treffen, um einen der MO entsprechenden Zustand aufrechtzuerhalten oder herzustellen; diesen Anordnungen muss jeder nachkommen (§ 5 Abs 4 MO).
- Der Verkauf einer Wurst, die eine Lebensmittelvergiftung verursachen kann, widerspricht der MO, die gesundheitsbeeinträchtigendes Verhalten untersagt (§ 4 Abs 5 MO);
- As Anordnung, den Verkauf der Huberwurst einzustellen, stellt einen der MO entsprechenden Zustand her und war daher rechtmäßig.

*Anordnung, alle Wurstwaren zu übergeben (1 P, 3 ZP)*

- Die Einstellung des Verkaufs genügt allerdings, um die Gesundheitsgefahr abzuwehren; die Anordnung, alle Würste zu übergeben, war daher nicht durch § 5 Abs 4 iVm § 4 Abs 5 MO gedeckt
- + und für H auch nicht verbindlich, weil er nach § 5 Abs 4 MO nur Anordnungen nachkommen muss, die zur Herstellung oder Aufrechterhaltung eines dieser MO entsprechenden Zustandes getroffen werden.
- + Die Anordnung ist auch nicht durch § 338 Abs 3 GewO gedeckt, weil dieser einen Betrieb voraussetzt, der hier nicht vorliegt, s oben; zudem fordert A entgegen § 338 Abs 3 GewO nicht Proben „im unbedingt erforderlichen Ausmaß“, sondern verlangt von H die Herausgabe aller Würste.
- + Auch § 5 EpidemieG deckt die Anordnung nicht, weil er, s oben, Gemeindeorganen keine Zuständigkeit einräumt.

*Verweisung vom Markt (1 P)*

- \* Die Verweisung vom Markt war wiederum rechtmäßig, weil H den Verkauf fortsetzt und damit einer (verbindlichen) Anordnung As (Einstellung des Wurstverkaufs) zuwiderhandelt (§ 5 Abs 4 MO).

*Warnung (3 P)*

- \* Die Warnung vor der Huberwurst ist mangels Normativität zwar kein AuvBZ,

- bedarf aber dennoch einer gesetzlichen Grundlage, weil sie in ihrer Wirkung einem Verkaufsverbot nahekommt (die Kunden bleiben fern) und daher in Hs Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) eingreift.
- Eine solche gesetzliche Ermächtigung fehlt hier: Weder die MO noch die GewO noch das EpidemieG ermächtigen A zu einer Warnung, die daher rechtswidrig war (aA wird akzeptiert mit dem Argument, dass die Warnung als gelinderes Mittel von der Anordnungsbefugnis des § 5 Abs 4 MO umfasst ist).

*b) Rechtsweg (6 P, 4 ZP)*

- \* As Anordnungen (Einstellung des Verkaufs, Herausgabe der Wurst, Marktverweis) sind keine AuvBZ, weil sie nicht unmittelbar mit Zwang durchsetzbar sind (§ 5 MO);
- + dass bei Zuwiderhandeln eine Verwaltungsstrafe droht (§ 7 MO), genügt nach der Rsp nicht (begründete aA wird akzeptiert).
- Auch die Warnung ist kein AuvBZ, s oben; sie und die Anordnungen werden aber im hoheitlichen Kontext ausgesprochen und sind daher schlicht-hoheitlich.
- Eine Beschwerde ist gegen solche Akte nur zulässig, wenn sie einfachgesetzlich vorgesehen ist (Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG iVm Art 132 Abs 5 B-VG): Das ist hier aber nicht der Fall.
- \* So bleibt H nur die Amtshaftung, soweit A ihm „in Vollziehung der Gesetze“ rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden durch Handeln oder Unterlassen verursacht hat (§ 1 Abs 1 AHG).
- Als schlicht-hoheitliches Handeln wurden sowohl As Anordnungen als auch seine Warnung „in Vollziehung der Gesetze“ gesetzt;
- die Warnung hat H auch geschädigt, weil sie Kunden davon abgehalten hat, seine Würste zu kaufen. Sie war zudem rechtswidrig (s oben) und schuldhaft, denn A müsste wissen, welche Befugnisse ihm als Marktaufsichtsorgan zukommen.
- + Keinen Schaden verursacht haben hingegen As Anordnungen: H hat sie nicht befolgt und sie haben sich auch sonst nicht auf seine Verkaufstätigkeit ausgewirkt.
- + Da A im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde handelt, ist der Amtshaftungsanspruch gegen die Gemeinde Bleiburg zu richten (§ 1 Abs 1 AHG).
- + Zuständig ist das LG, in dessen Sprengel die Rechtsverletzung begangen wurde (§ 9 Abs 1 AHG).

**5) Kann sich Kogelnig gegen die Anordnung des Polizisten, bis auf weiteres zuhause zu bleiben, und gegen das Vorgehen der Ärztin wehren und wie stehen ihre Erfolgsaussichten? (27 P, 4 ZP)**

*a) Rechtsweg (7 P, 2 ZP)*

- \* Gegenüber K wurden mehrere AuvBZ gesetzt: (1) Der Polizist befiehlt ihr, bis auf weiteres in der Wohnung zu bleiben; (2) die Amtsärztin betritt Ks Wohnung, (3) untersucht sie gegen ihren Willen und (4) ordnet an, dass sie ihre Wurstmanufaktur nicht mehr betreten darf, bis der Krankheitsverdacht durch Laboruntersuchungen widerlegt ist. (akzeptiert wird auch, wenn der Maßnahmencharakter der ärztlichen Anordnungen mit dem Argument verneint wird, dass bei Nichtbefolgung kein *unverzüglicher* Zwang droht).
- \* Dagegen kann K nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG Maßnahmenbeschwerde erheben,
- \* und zwar an das LVwG, denn die AuvBZ der Amtsärztin beruhen auf dem EpidemieG, das nicht in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen wird (§ 43 Abs 4 EpidemieG; Art 131 Abs 1 B-VG) (bei Verneinung einer Maßnahme: mangels einfachgesetzlicher Regelung keine Verhaltensbeschwerde).
- Der AuvBZ des Polizisten könnte auf dem EpidemieG oder auf dem SPG beruhen; auch im zweiten Fall ist das LVwG zuständig (§ 88 Abs 1 SPG).
- \* Örtlich zuständig ist das LVwG Kärnten, weil die AuvBZ in Bleiburg (Kärnten) gesetzt wurden (§ 3 Abs 2 Z 2 VwGVG); dort ist die Beschwerde auch einzubringen (§ 20 Satz 1 VwGVG),
- \* und zwar binnen sechs Wochen nach Setzung der AuvBZ (§ 7 Abs 4 Z 3 VwGVG), dh nach dem 1.10.2017, sodass die Frist heute, am 4.10.2017 noch offen ist.
- + Dabei sind die Form- und Inhaltsvorschriften zu wahren (§ 9 VwGVG); statt der belangten Behörde ist das Organ zu bezeichnen, das den AuvBZ gesetzt hat, dh Polizist bzw Amtsärztin (§ 9 Abs 4 VwGVG).

- mindestens 2 Rechte In der Beschwerde kann K behaupten, in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf persönliche Freiheit (Art 1 PersFrG; Art 5 EMRK), auf Freizügigkeit (Art 4 und 6 StGG; Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK), auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung (Art 8 EMRK) und auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) verletzt zu sein; ebenso in ihrem einfachgesetzlichen Recht, die genannten AuvBZ nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen dulden zu müssen.
- + Weist das LVwG Kärnten die Beschwerde ab, kann K unter Wahrung der Formvorschriften (§§ 24, 28 f VwGG; §§ 15, 17 f, 82 VfGG) binnen sechs Wochen ab Zustellung Revision an den VwGH (Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG) bzw Beschwerde an den VfGH (Art 144 Abs 1 B-VG) erheben und vor dem VwGH die Verletzung in dem genannten einfachgesetzlichen Recht, vor dem VfGH die Verletzung in den erwähnten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten geltend machen.

*b) Erfolgsaussichten (20 P, 2 ZP)*

*Anordnung des Polizisten, bis auf weiteres zuhause zu bleiben (8 P)*

- \* Die Anordnung, die Wohnung bis auf weiteres nicht zu verlassen, beschränkt Ks Bewegungsfreiheit allseitig und greift daher in ihr Recht auf persönliche Freiheit ein (Art 1 PersFrG; Art 5 EMRK) (vertretbar auch Qualifikation als Freizügigkeitsbeschränkung [Art 4 und 6 StGG, Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK] mit dem Argument, dass der Hausarrest nicht *unmittelbar* mit physischen Mitteln durchgesetzt wird).
- Nach dem EpidemieG dürfen Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes nur über Ersuchen der zuständigen Behörden und Organe tätig werden (§ 28a Abs 1). Der Polizist handelt jedoch aus eigenem Antrieb; seine Anordnung ist daher vom EpidemieG nicht gedeckt.
- \* Da die zuständige Behörde (BVB) am Markt noch nicht anwesend war, könnte der AuvBZ aber als erste allgemeine Hilfeleistung gem § 19 SPG rechtmäßig sein,
- die auch einen Eingriff in Rechtsgüter erlaubt, sofern der abzuwendende Schaden die Rechtsgutverletzung offenkundig und erheblich übersteigt (§ 32 Abs 1 SPG).
- Diese Kompetenz setzt voraus, dass Leben oder Gesundheit von Menschen gefährdet sind oder eine Gefährdung unmittelbar bevorsteht (§ 19 Abs 1 SPG). Eine solche Gefährdung konnte der Polizist vertretbar annehmen, da der Notarzt den Verdacht einer ansteckenden Lebensmittelvergiftung äußerte.
- Um die Verbreitung dieser Vergiftung zu verhindern, verhängt der Polizist über K einen Hausarrest auf unbestimmte Zeit. Ob der Schaden, den er damit abwenden will, den Eingriff in Ks Rechte offenkundig und erheblich übersteigt (§ 32 Abs 1 SPG), ist aber fraglich;
- dagegen spricht, dass das EpidemieG eine Absonderung Kranker nur in zwei Fällen erlaubt, die hier nicht vorliegen: beim Verdacht sehr gravierender Krankheiten, zu denen die Lebensmittelvergiftung nicht zählt (§ 7 Abs 1 EpidemieG, § 1 Abs 1 Abs-V) und bei anzeigepflichtigen Krankheiten, wenn jemand – anders als K – erwiesenermaßen Träger/in von Krankheitskeimen ist (§ 17 Abs 1 EpidemieG).
- Der Polizist verletzt K daher in ihrem einfachgesetzlichen Recht, den AuvBZ nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen dulden zu müssen und (aA zulässig) wegen grober Rechtswidrigkeit zudem in ihrer persönlichen Freiheit.

*Betreten der Wohnung durch die Amtsärztin (4 P)*

- \* Die Amtsärztin verschafft sich gegen Ks Willen („zähneknirschend“) Zutritt zu ihrer Wohnung und greift daher in ihr Recht auf Achtung der Wohnung (Art 8 EMRK) ein.
- Dieser Eingriff ist aber von § 44 Abs 1 EpidemieG gedeckt, der Ärzte, die zu Untersuchungen iSd EpidemieG behördlich berufen sind, zum Zutritt zu den Kranken berechtigt, was auch das Betreten der Räume einschließt, in denen sie sich befinden (§ 44 Abs 2 EpidemieG wird als Grundlage ebenfalls akzeptiert).
- Die Amtsärztin handelt im Auftrag der BH Völkermarkt, ist also behördlich berufen.
- Da § 44 Abs 1 EpidemieG verfassungsrechtlich unbedenklich ist, verletzt die Amtsärztin K nicht in ihren Rechten, wenn sie ihre Wohnung betritt.

*Untersuchung durch die Amtsärztin (4 P, 1 ZP)*

- \* Die Amtsärztin untersucht K gegen ihren Willen, nachdem sie eine zwangsweise Durchsetzung der Untersuchung mithilfe der Polizei androht. Die Untersuchung greift in den Schutzbereich von Art 8 Abs 1 EMRK ein, der auch die körperliche Integrität schützt.

- \* Der Eingriff ist aber durch das EpidemieG gedeckt: Danach muss die zuständige Behörde durch die ihr zur Verfügung stehenden Ärzte die erforderlichen Untersuchungen vornehmen, wenn der Verdacht des Auftretens einer anzeigepflichtigen Krankheit besteht (§ 5 Abs 1). Behördlich berufene Ärzte sind zur Untersuchung berechtigt (§ 44 Abs 1) und Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige sind verpflichtet, sich notwendigen Untersuchungen und der Entnahme von Untersuchungsmaterial zu unterziehen (§ 5 Abs 1).
  - Diese Voraussetzungen liegen hier vor: Eine virale Lebensmittelvergiftung ist nach § 1 Abs 1 EpidemieG anzeigepflichtig; nach den Vorkommnissen am Markt besteht der Verdacht, dass diese Krankheit aufgetreten ist. Die BVB ist zuständig (§ 43 Abs 4 EpidemieG) und darf nach § 5 Abs 1 EpidemieG durch die ihr zur Verfügung stehende Amtsärztin handeln.
  - + K ist ansteckungsverdächtig iSd § 1 Abs-V und muss sich daher den notwendigen ärztlichen Untersuchungen unterziehen.
  - Da § 5 EpidemieG verfassungsrechtlich unbedenklich ist, verletzt die Untersuchung Ks Rechte nicht.
- Anordnung der Amtsärztin, dass Kogelnig ihre Wurstmanufaktur nicht betreten darf (4 P, 1 ZP)*
- \* Die Amtsärztin ordnet an, dass K ihre Wurstmanufaktur nicht betreten darf, bis feststeht, dass sie nicht Trägerin des Krankheitskeimes ist. Dies greift in Ks Freizügigkeit (Art 4 und 6 StGG, Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK) und Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) ein.
  - Als Rechtsgrundlage kommt nur § 17 Abs 1 EpidemieG in Betracht: Danach dürfen Personen, die als Träger von Krankheitskeimen anzusehen sind, nicht bei der Gewinnung oder Behandlung von Lebensmitteln tätig sein. Bei K besteht aber nur der Verdacht einer Lebensmittelvergiftung; dass sie Trägerin des Krankheitskeimes ist, steht noch nicht fest.
  - Zudem bedürfen Beschränkungen nach § 17 Abs 1 einer näheren Anordnung der BVB, die hier fehlt.
  - + Das Betretungsverbot geht schließlich auch inhaltlich über § 17 Abs 1 hinaus, nach dem nur die Mitwirkung an der Gewinnung oder Behandlung von Lebensmitteln verboten werden darf.
  - Die Anordnung der Amtsärztin verletzt K daher in ihrem einfachgesetzlichen Recht, einen AuvBZ nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen dulden zu müssen und (aA vertretbar) wegen grober Rechtswidrigkeit auch in ihrer Freizügigkeit und Erwerbsfreiheit.

– = Punkt; + = Zusatzpunkt

Aufbau, Klarheit, Stringenz: 9 –, davon 3 –\*

**Benotung:** Die Lösungsskizze ist lang und relativ detailliert, es kann nicht erwartet werden, dass alle aufgezeigten Probleme gesehen werden. Dementsprechend hoch ist auch die Zahl der Zusatzpunkte, die noch steigen kann, wenn jemand sinnvolle Erwägungen zu hier nicht angesprochenen Problemen anstellt oder die angesprochenen Probleme in vertretbarer Weise anders löst. Die mit \* gekennzeichneten Punkte (gesamt 42) scheinen für eine positive Beurteilung zentral. Die Schwelle für ein Genügend wird daher dort angesetzt, kann aber auch durch andere als mit \* gekennzeichnete Punkte oder durch Zusatzpunkte erreicht werden:

Gesamt: 101 Punkte, 38 Zusatzpunkte

ab 42 P: Genügend, ab 59 P: Befriedigend, ab 72 P: Gut, ab 90 P: Sehr gut

**Hinweis:** Die Rechtsvorschriften im Anhang des Falles entsprechen nicht zur Gänze den Originalvorschriften; sie wurden teils sprachlich vereinfacht und punktuell modifiziert oder ergänzt, um die Lösung des Falles zu erleichtern.